

Wolfgang Kühnel

# Claimsmanagement in Schlüsselwörtern

Beiträge zum Industriebau



Wolfgang Kühnel

# **Claimsmanagement in Schlüsselwörtern**

**Aus der Reihe: Beiträge zum Industriebau**

© 2008  
VDMA Verlag GmbH  
Lyoner Straße 18  
60528 Frankfurt am Main  
[www.vdma-verlag.com](http://www.vdma-verlag.com)

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Bestell-Nr. vf 58700  
ISBN 978-3-8163-0552-1

Gesamtproduktion:  
LEiTHNER intelligente Medienproduktionen, [www.leithner.de](http://www.leithner.de)

## Vorwort

Im Gegensatz zu anderen Ländern erfreut sich das Claimsmanagement in Deutschland als Instrument der Ertragsicherung noch keiner Anerkennung oder gar Beliebtheit. Dabei dürfte unbestritten sein, dass die Ertragslage des Maschinen- und Anlagenbaus sich auch in Zeiten hoher Auftragszugänge nicht wesentlich zu verbessern scheint – ein Grund mehr, dem Claimsmanagement und seinem Ergebnispotential in Zukunft vorbehaltloser näher zu treten. Ohne grundlegende Kenntnis der Schlüsselbegriffe werden Bemühungen in dieser Richtung aber nicht einmal ansatzweise erfolgreich sein können.

Die vorliegende Veröffentlichung will solche Schritte unterstützen. Sie baut auf den ebenfalls im VDMA – Verlag erschienenen Broschüren „Projekt, Vertrag und Claim“ sowie „Zeit, Verzögerung und Claim“ auf. Der juristische Laie, der als Ingenieur oder Kaufmann verantwortlich an Projekten der Investitionsgüterindustrie mitwirkt, findet in achtzig Schlüsselwörtern die Grundzüge des Claimsmanagement erläutert. Der Verfasser hat dafür eine durchgehende Darstellungsform gewählt: Er beschreibt ein Projekt mit tatsächlichen Abwicklungsschwierigkeiten, die Beteiligten stellen dazu aus ihrer jeweiligen Interessenslage Überlegungen an, ihnen folgen praktische Ratschläge und schließlich Vertragsbeispiele, zum Teil auch in englischer Sprache.

Bei der Fülle möglicher Fallgestaltungen im Maschinen- und Anlagenbau müssen die Beschränkung auf ein Projekt je Schlüsselwort, die Auswahl und Darstellung der Schwierigkeiten und Überlegungen sowie der bewusst nicht immer mustergültigen Vertragsbeispiele manchmal willkürlich erscheinen. Zudem sind die Probleme des Verständnisses und der Übersichtlichkeit halber häufig vereinfacht aufbereitet. Dem Verfasser liegt jedoch mehr an der grundsätzlichen Sensibilisierung des Lesers und Praktikers für das Claimsmanagement als an dessen dogmatischer Darstellung. Juristische Angreifbarkeit in dem einen oder anderen Einzelfall sowie der Verzicht auf Fußnoten und weiterführende Hinweise sind für dieses Ziel kein zu hoher Preis, solange Klarheit über die Schwächen besteht.

Wolfgang Kühnel

## Abnahme

### Das Projekt

Auf Vorschlag des Auftraggebers aus der Möbelindustrie hatten die Parteien bei einem 5 Mio. EUR Inlandsprojekt für die Spanplattenfertigung und -verarbeitung vertraglich eine „vorläufige“ und eine „endgültige“ „Übernahme“ der Anlage vorgesehen. Die vorläufige Übernahme sollte mit Erbringung der einzelnen Leistungsnachweise erfolgen. Gleichzeitig sollte die vereinbarte Frist für die Sachmängelhaftung zu laufen beginnen. Die endgültige Übernahme sollte mit dem Ablauf der Sachmängelhaftung vor sich gehen.

Nachdem der Anlagenbauer alle →*Leistungsnachweise* zur völligen Zufriedenheit des Auftraggebers erbracht und dieser seinem Vertragspartner gegenüber die vorläufige Übernahme erklärt hatte, vernichtet ein von einem Feuerteufel gelegter Großbrand die Anlage.

Der Anlagenbauer fordert Zahlung der ausstehenden letzten Rate mit dem Hinweis auf die erfolgreich erbrachten Leistungsnachweise und die Tatsache, dass eine endgültige Übernahme unter den leider gegebenen Umständen tatsächlich nicht mehr möglich und damit überflüssig sei.

Der Auftraggeber verweigert die Zahlung mit der Begründung, er habe noch keine Gegenleistung erhalten, da es an der endgültigen Übernahme fehle. An dem Brand treffe ihn eindeutig kein Verschulden. Die vertraglich vereinbarte endgültige Übernahme erst sei die Abnahme, die der Anlagenersteller für die Geltendmachung seines Zahlungsanspruchs brauche.

### Überlegungen

Das deutsche Werkvertragsrecht behandelt die Abnahme in §§ 640 ff. BGB: Der Auftraggeber muss das vertragsgemäß hergestellte Werk abnehmen. Dabei handelt es sich um eine Hauptpflicht, die der Auftragnehmer selbständig einklagen kann. Diese rechtsgeschäftliche Abnahme besteht zum Ersten aus der körperlichen Hinnahme (der Besitzübertragung), zum Zweiten aus der Anerkennung oder Billigung des Werks als der in

der Hauptsache vertragsgemäßen Leistung. Wenn sich das Werk bereits im Besitz des Bestellers befindet, wie bei Arbeiten in oder an einer Anlage, entfällt die Hinnahme. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

Die Abnahme kann ausdrücklich, konkludent oder fiktiv erfolgen.

- Eine ausdrückliche Abnahme liegt beispielsweise vor, wenn der Auftraggeber formlos sein Einverständnis mit einer Erklärung wie „Die Sache ist in Ordnung.“ abgibt. Eine förmliche Abnahme kennt das Gesetz nicht, die Partner können sie aber vertraglich vereinbaren, in dem sie sich etwa auf ein Protokoll verständigen.
- Eine konkludente Abnahme liegt vor, wenn der Auftragnehmer seine Billigung nicht ausdrücklich erklärt, sondern durch sein Verhalten zu erkennen gibt. Bestes Beispiel ist die vorbehaltlose Zahlung der Vergütung.
- Eine fingierte Abnahme (→Fiktion) stellt den Auftraggeber so, als wenn er tatsächlich abgenommen hätte, obwohl er es weder ausdrücklich noch konkludent getan hat. So etwa steht es gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

Im Investitionsgütergeschäft liegt die Bedeutung der Abnahme vorrangig in der Anerkennung der erstellten Anlage als vertragsgemäße Leistung. Damit treten wichtige Rechtsfolgen ein:

- Der Anspruch des Auftraggebers auf Erfüllung erlischt und konkretisiert sich auf die Mängelbeseitigung.
- Verjährungsfristen beginnen zu laufen.
- Die bisher beim Auftragnehmer liegende Gefahr des Untergangs oder der Beschädigung des Werkes geht nun auf den Besteller über, →*Gefahrübergang*.
- Die Vergütung wird fällig. (In der Praxis sind dies häufig die „letzten“ 5–10%.)
- Die →*Beweislast* für das Bestehen von Sachmängeln geht auf den Besteller über.

Die Kargheit der werkvertraglichen Regelungen im Gesetz steht im krassen Gegensatz zu den praktischen Problemen, die jeder Claimsmanager im Tagesgeschäft mit der Abnahme hat. Da das Gesetz nicht ausreicht, bedarf es der vertraglichen Ergänzung. Auch in diesem Problembereich bietet die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen →(VOB) für

die vertragliche Gestaltung eine Hilfestellung. § 12 VOB regelt zum Beispiel das Recht auf besondere Abnahme von abgeschlossenen Teilen der Leistung, förmliche Abnahmen und Benutzung von Leistungsteilen durch den Auftraggeber als fiktive Abnahmen.

Im beschriebenen Fall wird der Anlagenbauer nun seine weiteren Maßnahmen davon abhängig machen, welche Bedeutung der Vereinbarung von vorläufiger und endgültiger Übernahme beizumessen ist. Spätestens jetzt wird ihm klar werden, dass die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – jedenfalls keine klare Regelung für die Abnahme getroffen haben; für beide Seiten lassen sich Argumente vorbringen: Die vereinbarte vorläufige Übernahme weist einerseits mit dem Beginn der Sachmängelfrist klare Merkmale einer Abnahme aus. Wäre sie allein aber die ganze Abnahme, hätte andererseits die endgültige Übernahme keinen Sinn mehr.

Der Anlagenbauer wird sich im Ergebnis vernünftigerweise auf Verhandlungen und schließlich einen Vergleich einlassen müssen, mit dem er die wenig sorgfältige vertragliche Vereinbarung wahrscheinlich teuer bezahlt.

## Der Rat

All dies macht deutlich, warum gerade bei Werkverträgen die leichtsinnige Verwendung des nicht näher umrissenen Begriffs „Übernahme“ gefährlich ist und die Abnahme einen der umstrittensten Punkte in der Verhandlung und Abwicklung eines Projekts darstellt. Oft versucht der Auftraggeber, den Abnahmezeitpunkt möglichst als noch nicht erreicht anzusehen, obwohl er die im Wesentlichen reibungslos funktionierende Anlage schon betreibt. Damit will er, fällige Zahlungen hinausschieben und Sachmängelfristen verlängern. Demgegenüber muss der Auftragnehmer alles daran setzen, die Abnahme herbeizuführen. Um in diesem Widerstreit die Übersicht zu behalten, ist das Claimsmanagement auf eine sorgfältige vertragliche Ausgestaltung aller mit der Abnahme zusammenhängenden Maßnahmen angewiesen.

- Besonders wichtig sind dabei die der Abnahmeerklärung (mit der der Kunde die vertragsgerechte Erfüllung durch den Anlagenbauer billigt) vorangehenden → *Leistungsnachweise* oder Tests. Sie werden in der Praxis immer wieder mit der Abnahme selbst verwechselt. Das kann schwerwiegende Folgen haben; häufig ziehen die Parteien falsche Schlüsse aus dem tatsächlichen Vorgang eines Leistungsnachweises auf die in dessen (Nicht-)Erbringung liegende Abnahmeerklärung oder deren Fehlen.

- Wichtig sind die Modalitäten der Leistungsnachweise. Je komplexer ein zu lieferndes oder zu errichtendes Anlagenprojekt ist, desto eingehender sind die Umstände und Einzelheiten der Leistungsnachweise zu regeln.
- Unbedingt zu vereinbaren sind auch die Voraussetzungen provisorischer (vorläufiger) Übernahmen, der in diesem Zusammenhang zu erstellenden Zertifikate (zum Beispiel eines *provisional acceptance certificate*) und deren Rechtsfolgen.
- Regelungsbedürftig sind weiterhin →*Fiktionen* von Abnahmen. Sie können beispielsweise darin liegen, dass das Betreiben einer Anlage durch den Auftraggeber die Abnahme durch ihn beinhaltet und ihm das Recht verwehrt, mit Verweis auf eine nicht wie vorgesehen erfolgte Abnahme zum Beispiel Zahlung der letzten Raten zu verweigern.
- Denkbar ist auch eine zeitliche Fiktion, wonach etwa die Abnahme „spätestens 90 Tage nach Erbringung des letzten Leistungsnachweises als erteilt“ gilt.
- Schließlich sollte der Vertrag bestimmen, ob und in welcher Form der Auftraggeber eine Abnahme erklärt. Die Vereinbarung eines endgültigen Abnahmezertifikats (*final acceptance certificate*) ist zwar rechtlich nicht unbedingt erforderlich, trägt aber wesentlich zur Vermeidung von Auslegungsstreitigkeiten bei.

In vom anglo-amerikanischen Rechtsdenken beeinflussten internationalen Verträgen des Anlagenbaus finden sich die erwähnten Vereinbarungen zur Regelung der Abnahmeproblematik durchweg unter dem Begriff *taking over and acceptance*. Bei beiden ist zu bedenken, dass es für ihre Auslegung eine Rückfallposition wie die §§ 640 ff des BGB nicht gibt. Deshalb müssen die Vertragspartner die Begriffe entweder schon in den „Definitionen“ abklären oder später im Vertragstext deutlich machen, was sie sich unter dem jeweiligen Wort vorstellen. Darüber hinaus ist festzulegen, welche rechtlichen Folgen für das Projekt die verschiedenen Vorgänge auslösen. Unterscheidet der Vertrag zwischen vorläufigen (provisional) und endgültigen (final) Vorgängen, müssen sich die Klärungen auch auf diese erstrecken (z.B. die Bedeutung eines *provisional acceptance certificate* festlegen).

## Das Vertragsbeispiel

Orgalime definiert in dem Muster „Turnkey Contract for Industrial Works“ als Punkt 14:

### Taking Over

1. The Purchaser shall be deemed to have taken over the Works at the time when the Tests on Completion have shown that the Works fulfil the requirements which the Contract specifies that they shall fulfil before taking over, and the Works in other respects are in the condition required in the Contract for taking over.

If the Works are not in accordance with the Contract but the deviations can be rectified by minor adjustments or additions, such deviations shall not prevent taking over, provided that the Works can be taken safely into operation as intended in the Contract.

...

### Effects of Taking Over

2. Under these General Conditions taking over of the Works by the Purchaser has the following consequences: ...

### Abnahme

1. Es wird vermutet, dass der Besteller die Anlage dann abgenommen hat, wenn die Leistungstest ergeben haben, dass die Anlage den Erfordernissen genügt, die der Vertrag als Voraussetzung der Abnahme festlegt und dass die Anlage im übrigen den Abnahmebedingungen des Vertrags entspricht.

Erfüllt die Anlage die Anforderung des Vertrags nicht, sind die Abweichungen aber durch kleinere Anpassungen oder Ergänzungen zu beheben, stehen die Abweichungen der Abnahme nicht entgegen, vorausgesetzt, die Anlage kann wie im Vertrag vorgesehen sicher in Betrieb gehen.

...

### Folgen der Abnahme

2. Nach diesen allgemeinen Bedingungen hat die Abnahme der Anlage durch den Besteller zur Folge: ...

Das folgende Beispiel unterscheidet sich zwischen vorläufiger und endgültiger Abnahme.

#### 1. Provisional Acceptance

When the result of the evaluations of the Performance Tests shows that the guaranteed performance figures specified in the Appendix No.....attached hereto have been met, the Performance Tests shall no longer apply, and the Contractor's obligations with respect thereto shall have been fulfilled and the Owner shall accept the Unit(s) and the Parties shall sign on the Provisional Acceptance Protocols. In the event that the successful Performance Test of a Unit shall not be conducted and completed within thirty (30) months after the date of the Effective Date or within eight (8) months after the date of Mechanical Completion of the relevant Unit, whichever occurs first, for any reasons not attributable to the Contractor, all Performance Guarantees by the Contractor under the Contract shall be deemed to have been fulfilled, and than the Contractor shall be entirely released from all it's obligations and liabilities towards the Owner hereunder with respect to the Performance Guarantees of such Unit, and in the case of the above, the Owner shall be deemed to have accepted such Unit and the Provisional Acceptance Protocol shall be deemed to have been signed by the representatives of the Parties.

At the date of the signature of the last of the Provisional Acceptance Protocol(s) of the Unit(s), Owner shall automatically issue to Contractor the overall Provisional Acceptance Protocol, stating that Provisional Acceptance of the Plant has been achieved. If the Provisional Acceptance Protocol has not bee duly issued by Owner within a period of three (3) days after signing of the last Provisional Acceptance Protocol of the Unit the overall Provisional Acceptance Protocol of the Plant shall be deemed to have been issued by the Owner and the Contractor's pertinent contractual obligations be deemed to have been fulfilled.

#### 2. Final Acceptance

Upon expiration of the Defect Liability Period Contractor shall submit to Owner a notice containing a statement that all Contractor's obligations related to this Contract have been satisfactorily fulfilled and that the Defect Liability Period has expired. Within thirty (30) days of receiving above notice, Owner shall issue the Final

Acceptance Certificate and return to Contractor any outstanding guarantee for the relevant Unit for which the Defect Liability Period has expired.

### **1. Vorläufige Abnahme**

Wenn das Versuchsergebnis der Leistungsnachweise zeigt, dass die zugesagten Leistungsdaten aus Anhang ... erreicht sind, brauchen keine weiteren Leistungsnachweise durchgeführt zu werden; die Verpflichtungen des Contractor sind soweit erfüllt, der Auftraggeber nimmt die Ausrüstungsgegenstände ab und die Parteien unterzeichnen das vorläufige Abnahmeprotokoll. Sollte ein erfolgreiche Leistungsnachweis nicht spätestens dreißig (30) Monate nach Inkrafttreten des Vertrags oder acht (8) Monate nach mechanischer Fertigstellung aus vom Contractor nicht zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt und abgeschlossen sein, gelten alle Leistungszusagen des Contractor nach dem Vertrag als erfüllt. Der Contractor ist dann von allen Verpflichtungen dem Auftraggeber gegenüber bezüglich der Leistungszusagen für den entsprechenden Ausrüstungsteil frei. In diesem Fall gilt der Anlagenteil als vom Auftraggeber abgenommen und das vorläufige Abnahmeprotokoll als von den Vertretern der Parteien unterzeichnet.

Am Tage der Unterzeichnung des letzten Protokolls der vorläufigen Abnahme(n) händigt der Auftraggeber dem Contractor unaufgefordert das Gesamtprotokoll der vorläufigen Abnahmen aus und bescheinigt damit die vorläufige Abnahme der Anlage. Sollte der Auftraggeber das Protokoll der vorläufigen Abnahme nicht ordnungsgemäß innerhalb von drei (3) Tagen nach der Unterzeichnung des letzten Protokolls der vorläufigen Abnahme ausgehändigt haben, gelten das Gesamtprotokoll der vorläufigen Abnahme als vom Auftraggeber ausgehändigt und die entsprechenden Verpflichtungen des Contractor als erfüllt.

### **2. Endgültige Abnahme**

Nach Ablauf der Frist für die Sachmängelhaftung teilt der Contractor dem Auftraggeber mit, dass alle vertraglichen Verpflichtungen des Contractor zufrieden stellend erfüllt sind und die Frist abgelaufen ist. Dreißig (30) Tage nach dieser Mitteilung händigt der Auftraggeber das endgültige Abnahmezertifikat aus und gibt dem Contractor von ihm gestellte Garantien für den entsprechenden Anlagenteil, für den die Frist abgelaufen ist, zurück.

### 1. Vorläufige Übernahme

Nach einwandfreiem Verlauf der Inbetriebnahme und erfolgreichem Probebetrieb (ca. vier bis sechs Wochen) erfolgt die vorläufige Übernahme. Der Auftraggeber und der Auftragnehmer fertigen hierüber ein Protokoll an. Ab der vorläufigen Übernahme beginnt die Gewährleistungsfrist.

Ab der vorläufigen Übernahme wird der Auftraggeber Eigentümer und verantwortlicher Betreiber des Vertragsgegenstandes. Er trägt die Gefahr für die Anlage.

Verzögern sich aus für den Auftragnehmer unverschuldeten Gründen der Probebetrieb, die Inbetriebnahme oder Montage, so gelten für den Beginn der vorläufigen Übernahme folgende Spätesttermine:

Für Ausfall

- des Probebetriebs: spätestens zwei Monate nach Beendigung der Inbetriebnahme,
- der Inbetriebnahme: spätestens zwei Monate nach Beendigung der Montage,
- der Montage: spätestens sechs Monate nach Meldung der Versandbereitschaft für Mindestens 90% des geldwerten Anlagevolumens.

### 2. Endgültige Übernahme

Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist für die Gesamtanlage gilt die Anlage als vom Auftraggeber endgültig übernommen.

Trotz der Verwendung des Begriffs „Übernahme“ in vorläufiger und endgültiger Form dürften hier eindeutig die Wirkungen einer Abnahme eintreten – auch wenn der Auftraggeber vielleicht bewusst deren Erwähnung unterlassen hat, um sich einen Vorteil zu verschaffen.

Gegenüber diesen sehr ausführlichen Abnahmeregeln sieht die folgende eher lakonisch aus, mag aber im Einzelfall durchaus genügen:

#### Endgültige Abnahme

Die endgültige Abnahme erfolgt mit Ablauf sämtlicher Verjährungsfristen für Mängelansprüche. Zur endgültigen Abnahme muss der einvernehmliche Abschluss der Mängelpunkte aus den Protokollen nachgewiesen werden.

Keine Abnahmen sind Erklärungen, wie sie zum Beispiel in einem *equipment hand-over sheet* enthalten sind:

The equipment has been handed over to client from contractor. Client is responsible for care and custody of the equipment. Contractor is responsible for completion of snag items and organization for emergency repair of mal-function of the equipment until acceptance.

Der Contractor hat dem Auftraggeber die Liefergegenstände übergeben. Dieser ist für deren sorgfältige Aufbewahrung und Bewachung verantwortlich. Der Contractor hat bis zur Abnahme fehlende Teile zu vervollständigen und die Störfallbeseitigung zu organisieren.

Hier geht es lediglich um die tatsächliche Übergabe der Ausrüstung an den Auftraggeber. Dieser hat dafür Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten walten zu lassen, die Gefahr ist aber noch nicht auf ihn übergegangen.

**Absichtserklärung** → letter of intent

**acceleration** → Beschleunigung

**acceptance** → Abnahme

**adjudication** → Streiterledigung

## Allgemeine Geschäftsbedingungen

### Das Projekt

Der deutsche Anlagenbauer DAB hatte mit dem Hauptauftraggeber Hauf AG einen Vertrag über die Lieferung einer kompletten Brauerei geschlossen. Zur Erfüllung seiner Verpflichtungen hatte DAB den zuverlässigen französischen Zulieferer Marchepas Sarl (M) eingesetzt. Als die Hauf AG kurz vor der Abnahme eine Erweiterung plant und beauftragt, beabsichtigt DAB, auch dafür mit M zusammenzuarbeiten. Deshalb macht DAB für die von M beizustellenden zusätzlichen Edelstahlleitungen ein Mengen- und Preisangebot auf der Grundlage des ursprünglichen Zuliefervertrages und setzt M davon in Kenntnis. M antwortet darauf nicht. DAB hält dies – ohne nachzufassen – für eine Zustimmung und kalkuliert auf der M vorgeschlagenen Basis seinen Nachtrag gegenüber Hauf AG. Später stellt sich heraus, dass M am Zuschlag von DAB nicht interessiert war und deshalb das Angebot nicht beantwortet hat. DAB musste sich zur Deckung seines Bedarfs für die Erweiterung der Anlage bei der Teuer GmbH zu höheren als den geplanten Kosten eindecken.

Bei der Hauf AG war die DAB mit ihren Allgemeinen Liefer- und Montagebedingungen nicht zum Zuge gekommen. Dem Zulieferer M gegenüber aber hatte DAB ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Überschrift „Einkaufs- und Auftragsbedingungen“ durchgesetzt. Sie waren eigentlich für Geschäfte mit deutschen Partnern gedacht und sahen grundsätzlich die Möglichkeit von Auftragserweiterungen vor, ohne Details zu regeln. Besonders stolz waren die Verkäufer auf den Passus „Auch für Verträge mit ausländischen Partnern gilt ausschließlich deutsches Recht.“ in den Schlussbestimmungen. Damit glaubten sie jedenfalls die Anwendung französischen Rechts erfolgreich vermieden zu haben.

### Überlegungen

Die Verantwortlichen von DAB meinen, sie hätten hinsichtlich der Edelstahlleitungen M eine *→change order* erteilt und fragen sich, ob sie die Zusatzkosten als Claim gegenüber M geltend machen können.

Ein solches Vorgehen wäre aussichtsreich, wenn M verpflichtet gewesen wäre, aus einer mit DAB geschlossenen Change Order zu dem von DAB kalkulierten Preis zu liefern. Voraussetzung dafür wiederum wäre, dass trotz fehlender ausdrücklicher Zustimmung

hinsichtlich der Änderung durch M ein Vertrag zustande gekommen ist. Nach deutschem Recht gilt Schweigen grundsätzlich als Ablehnung eines Angebots. Eine Ausnahme gilt für miteinander in Geschäftsverbindung stehende Kaufleute, zu denen auch Handelsgesellschaften zählen. Unter ihnen bedeutet das Schweigen der M auf das Nachtragsangebot dessen Annahme, § 362 HGB. Somit wäre M zur Lieferung auf Grund des Mengen- und Preisangebots von DAB bzw. bei Nichtlieferung zu Schadensersatz verpflichtet gewesen. Die Vertragspartner hatten hier jedoch vermutlich ohne daran zu denken mit der Vereinbarung deutschen Rechts auf den Vertrag auch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, das Teil des deutschen Rechts ist, vereinbart. Dessen Artikel 18 bestimmt, dass Schweigen oder Untätigkeit allein keine Annahme eines Angebots darstellt.

DAB wird bestenfalls noch damit argumentieren können, dass M auf Grund vorangegangener Geschäftsbeziehungen zu DAB verpflichtet gewesen sei, eine Ablehnung des Angebots deutlich zu erklären. Solche Beziehungen nämlich verpflichten die Beteiligten stärker gegenseitig, als wenn sie miteinander noch nichts zu tun gehabt hätten. Die Umstände des Falles geben für eine solche enge Geschäftsverbindung jedoch nicht genug her.

So wird es im Ergebnis dabei bleiben, dass DAB wegen der erhöhten Aufwendungen für die Beschaffung weiterer Zulieferteile keinen Anspruch gegen M geltend machen kann, sondern die Differenzkosten selbst tragen muss.

## Der Rat

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind nach deutschem Verständnis alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Abschluss eines Vertrages stellt, § 305 BGB. Das englische Recht kennt sie als *Standard Form Contracts oder Standard Forms of Contract*, das französische Recht als *Contrats d'adhésion*. AGB sind in erster Linie für Massen-geschäfte (Einkauf und Verkauf von Standardprodukten, Versicherungen, Transport, Miete, Bankgeschäfte) gedacht. Sie spielen deshalb im Arbeitsbereich des im Verhältnis zum Hauptauftraggeber überwiegend mit maßgeschneiderten Einzelprojekten beschäftigten Claimsmanager eine geringere Rolle.

Anders dagegen kann es im Bereich der Zulieferungen aussehen, die häufig auf Basis von Allgemeinen Einkaufs- und Lieferbedingungen erfolgen. Wegen der Kollision mit den Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Zulieferer tauchen für den Claimsmanager dann immer wieder zwei Fragen auf. Die erste richtet sich darauf, welche Seite sich mit ihren AGB durchgesetzt hat. Eine solche Kollision der Bedingungen (*battle of forms*) kann dazu

führen, dass die AGB keiner Seite als vereinbart gelten. Nach deutschem Recht würde bei dieser Konstellation das BGB zum Zuge kommen. Die Folgen können für den Verwender der AGB dramatisch sein: zum Beispiel würden vorgesehene Haftungsausschlüsse nicht mehr gelten.

Die zweite Frage richtet sich auf die inhaltliche Geltung der vereinbarten AGB. Diese entsprechen häufig nicht den strengen Anforderungen der jeweiligen Rechtsordnung an standardisierte Bedingungen. Sind sie unwirksam, können die Folgen die gleichen sein wie bei der Schilderung der ersten Frage.

Außerdem muss sich der Claimsmanager immer wieder auch mit AGB-ähnlichen, von verschiedenen Institutionen empfohlenen oder von den Parteien verwendeten →*Vertragsmustern* befassen. Sie können bei Projektverhandlung und Vertragsabschluss zwar eine große Hilfe sein, sind jedoch in den wenigsten Fällen unverändert auf das in Frage stehende Projekt anwendbar.

Die Vertragspartner sollten im Anlagengeschäft individuellen Vereinbarungen den Vorrang vor AGB geben, um die mit deren Verwendung absehbaren Probleme von vornherein zu vermeiden. Individuelle Vertragsabreden – Vereinbarungen, die die Vertragspartner im Einzelnen ausgehandelt haben, – haben nämlich Vorrang vor AGB und unterfallen nicht deren strengen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Eine nur individualisierte äußere Form nicht verhandelter Vertragsklauseln dürfte diesen allerdings noch nicht den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nehmen.

## Das Vertragsbeispiel

Wir bestellen zu unseren Einkaufsbedingungen, die Ihnen vorliegen, unter gleichzeitiger Ablehnung Ihrer Geschäftsbedingungen.

Diese häufig in Bestellungen formularmäßig verwendete Klausel dürfte keine Wirkung entfalten, wenn sie auf eine entsprechende Gegenerklärung des Vertragspartners trifft, der nur zu seinen Verkaufsbedingungen abschließen will.

Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland; die Geltung des VN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf ist ausdrücklich ausgeschlossen.

Unter der Voraussetzung, dass die Einkaufsbedingungen von DAB mit M im übrigen wirksam vereinbart sind, hätte DAB hiermit inhaltlich festgelegt, dass Schweigen – wie nach deutschem Recht durchaus möglich – als Zustimmung zu werten sein könnte. Das hätte eine bessere Verhandlungsposition ergeben als im Projekt geschildert.

## Allianzvertrag

### Das Projekt

ACI, ein bedeutender Auftraggeber der chemischen Industrie, der erfolgreich in Entwicklung, Fertigung und Vertrieb rentabler Produkte ist, beabsichtigt eine Erweiterung seiner Produktionsanlagen. Die dafür vorzunehmenden Investitionen sollen möglichst schnell und reibungslos vorgenommen werden, um die Laufzeit eines neuen Patents optimal zu nutzen.

Bei den Vergabegesprächen erfährt der Chemieanlagenbauer CAB, dass ACI zur Vermeidung zeit- und kraftraubender Claimsverhandlungen abweichend von den Gepflogenheiten nun gern einen Allianzvertrag abschließen möchte. Dies sei eine Form der Zusammenarbeit, mit der die Bauindustrie angeblich schon erfolgreich gearbeitet haben soll. Ein solcher Vertrag sei von vornherein partnerschaftlich ausgerichtet, für unvorhergesehene Ablaufstörungen werde ein „*contingency pot*“ eingerichtet, man werde CAB gegenüber eine Politik offener Bücher betreiben, und auf diese Weise werde zum beiderseitigen Nutzen jedes Claimsmanagement überflüssig.

### Überlegungen

Der Geschäftsführer von CAB ist zunächst sehr angetan. Wie so oft war unglücklicherweise auch in seinem Unternehmen Claimsmanagement ein ungeliebtes Kind, das nicht nur einigen Kontrollaufwand erforderte sondern auch intern wie extern unliebsame Auseinandersetzungen mit sich brachte, die CAB gern vermieden hätte. Diese fehlerhafte Einschätzung und Handhabung des Claimsmanagement ist einer der Gründe, die Allianzverträge für einen konfliktmüden Claimsmanager attraktiv erscheinen lassen. Der Geschäftsführer allerdings hatte noch keine rechte Vorstellung, wie etwa nötige Nachträge behandelt werden sollen. Die Nachteile einer solchen für ihn neuen Vertragsform drängen sich ihm nicht sofort auf, was ihn allerdings etwas misstrauisch macht.

Die Begriffe „Allianzvertrag“, „Open-Book-Vertrag“, „Partnerschaftsvertrag“ oder „Partnerring“ sind nicht eindeutig sprachlich besetzt. Gemeinsam sind ihnen die betonte Absicht einer partnerschaftlichen Ausrichtung des Vertrags, eine für den Vertragspartner offenere Kalkulation von Projektteilen und vertragliche Bestimmungen über Verteilung unvorhergesehener Einsparungen, Kosten oder Risiken zwischen den Beteiligten.

In dieser gewollten Offenheit erinnern sie an das aus anderen Branchen bekannte „Agile Project Management“ oder auch an das „Service Level Agreement“. Die Bauindustrie hat mit solchen Verträgen anscheinend schon gute Erfahrungen gemacht, im Industriebau dagegen haben sie sich bisher nicht durchgesetzt. Dies könnte vor allem daran liegen, dass die Auftraggeber sich bei einer Vergabe nach dem klassischen Muster gegenüber dem Anlagenbau immer noch mehr Vorteile aus einer starken Verhandlungsposition versprechen als aus neuen Modellen.

Andererseits werden die neuen Vertragsformen auch in der Investitionsgüterindustrie an Verbreitung zunehmen. Sie entsprechen einer veränderten Erwartungshaltung an den Auftragnehmer. Sein Kunde sieht heute nicht mehr allein auf eine bestimmte Produktqualität zum Zeitpunkt der Lieferung oder Leistung. Mindestens ebenso wichtig ist die Kompetenz zu Problemlösungen, die sich im Laufe der Zeit ergeben. Der Kunde sieht in seinem Vertragspartner nicht mehr nur den Lieferer, sondern einen Mitträger von Betrieb und Risiko.

Zweifelhaft sind die Argumente für die neuen Modelle, soweit es um die Betonung des partnerschaftlichen Gedankens geht. Claimsmanagement und partnerschaftliches Verständnis sind nicht nur keine Gegensätze, sondern gehören für die beiderseitig erfolgreiche Abwicklung eines Projekts unbedingt zusammen. Claimsmanagement ist richtigerweise Kontrolle von Zeit und Kosten im Interesse des Projekts. So verstanden erfordert ein Allianzvertrag vielleicht mehr Aktivitäten in dieser Richtung als jedes andere Vorhaben. Wenn aber die partnerschaftlichen Voraussetzungen für einen Allianzvertrag bei den Beteiligten gegeben sind, könnten sich beide Seiten ohne weiteres auch auf ein klassisches Vertragsmodell mit vernünftigen Claimsmanagement einlassen. Das Finden geeigneter Vertragspartner ist in beiden Fällen ein Hauptproblem.

## **Der Rat**

Der Wunsch nach Allianzverträgen geht selten von Auftragnehmern aus. Auftraggeber möchten mit Allianzverträgen offensichtlich dem Claimsmanagement aus dem Wege gehen, auf das die Investitionsgüterindustrie aber zum Erhalt ihres Erlöspotentials dringend angewiesen ist. Ein mit Partnerschaftsverträgen unerfahrenes Unternehmen muss sich deshalb sorgfältig um Klärung der Punkte bemühen, mit denen ihm das Claimsmanagement praktisch abgehandelt wird. Dazu gehören die Ausgestaltung der gegenseitigen Einsichtsrechte in Bücher und Kalkulationsgrundlagen, die Abstimmungsprozesse, die Verteilungsmechanismen von Chancen und Risiken.

Die Vertragsgestaltung ist noch ungewöhnlich, sehr kompliziert und wird das mittelständische Unternehmen schnell überfordern. Der Verzicht auf die Mühen des Claimsmanagement ist nicht umsonst zu haben. Der Allianzvertrag erfordert intensivere Teambildung und entsprechende Mechanismen für die Zusammenarbeit.

Trotz der im Einzelnen sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen dürften erfolgreiche Partnerschaftsmodelle im Industriebaugeschäft generell einige Voraussetzungen erfüllen müssen.

- Die Partner sollten angesichts der fehlenden verbindlichen Terminologie wissen, was sie wirklich und realistisch von einander wollen. Sie sollten den Allianzvertrag nicht dazu nutzen, Vorurteile gegenüber dem Claimsmanagement oder gegenüber Anwälten zu bedienen. Beide werden sich auch mit bestens funktionierenden Allianzverträgen nicht aus der Welt schaffen lassen.
- Die Beteiligten sollten Mentalität, Philosophie und Strukturen des anderen Unternehmens kennen. Ohne diese Kenntnis wird eine intensive Zusammenarbeit nicht erfolgreich sein.
- Die angestrebte Vermeidung von Dissenskosten bedingt aufwendige Informations-, Entscheidungs- und Verteilungsmechanismen. Um diese betriebswirtschaftlich zu rechtfertigen, ist wiederum eine Mindestgrößenordnung des Projekts erforderlich. Diese dürfte bei 20 Mio. € liegen.
- Zwischen den Partnern muss ein ausgewogenes Verhältnis bestehen, eine einseitig starke Position erzeugt Misstrauen. Diese Forderung gilt hinsichtlich der Risikoverteilung, der Informationsrechte, der Kosten und der Einsparungen.
- Die Beteiligten dürfen ihre Erwartungen nicht überspannen. Partnerschaftsmodelle sind kein Allheilmittel, Claims sind unvermeidbar, und kein Vertrag ist lückenlos. Die meisten der angestrebten Ziele lassen sich bei entsprechend gutem Willen auch mit einer klassischen Vertragsform verwirklichen.

## Die Vertragsgestaltung

Bei der Formulierung des Vertrages selbst sind grundsätzlich alle Punkte zu berücksichtigen, die auch bei einem klassischen Vertrag über die Errichtung einer Industriebauanlage eine Rolle spielen. Wegen des Charakters eines Allianzvertrages werden aber einige Punkte deutlich anders geregelt sein müssen.

- Wichtig sind die Entscheidungsgremien und deren Arbeitsweise. Im Allgemeinen wird zwischen einem Allianzteam, das die projektpolitischen Entscheidungen trifft, und einem Projektmanagementteam, das das operative Geschäft begleitet, unterschieden.
- Die Ausgestaltung der Vergütung unterliegt einer breiten Spannweite. Auf der einen Seite steht der so genannte GMP-Vertrag (Garantierter Maximalpreisvertrag). Bei ihm übernimmt der Auftragnehmer das Risiko der Kostenüberschreitung, Unterschreitungen gehen zu seinen Gunsten. Auf der anderen Seite steht das „Gain- and Pain-Share“, die Teilung von Gewinn und Verlust nach einem bestimmten Schlüssel. Dazwischen gibt es jede erdenkliche Mischform.
- Sachmängelhaftung und Risikoverteilung nach dem klassischen Muster gibt es häufig nicht. An ihrer Stelle tritt eine Verantwortung, über die die Gremien entscheiden und die dann die Partner gemeinsam in einem bestimmten festgelegten Verhältnis tragen.
- Auf diese Weise sind auch häufig die üblichen Rechtsfolgen von Verzögerung und Verzug außer Kraft gesetzt.
- Der Vertragsänderung sollten die Partner größte Aufmerksamkeit zukommen lassen. Auch funktionierende Partnerschaftsverträge werden hier am ehesten an ihr Grenzen stoßen.

**amicable settlement** → Streiterledigung

**Änderungen** → Änderungsauftrag

## Änderungsauftrag

### Das Projekt

Der Auftraggeber AG hatte zum Ausbau seiner Fabrikation einen Generalplaner GP eingeschaltet, der auch die Gesamtabwicklung des Ausbaus überwacht. Im Lauf der Arbeiten stellt GP fest, dass sich der Materialfluss durch eine geringe Erweiterung der Durchgangshöhen wesentlich verbessern ließe. Während einer technischen Besprechung schlägt GP dem für die Lüftungstechnik verantwortlichen Auftragnehmer AN vor, die Kanalführung der Lüftungsanlage den neuen Plänen entsprechend anzupassen.

AN hält das zwar für technisch möglich, weist aber auf zu befürchtende Druckverluste, zusätzliche Kosten für Material und höheren Zeitaufwand hin. Er bittet deshalb GP um einen schriftlichen Änderungsauftrag.

GP ist verstimmt. Er hält das Ansinnen von AN für bürokratisch und versucht ihn, mit Hinweis auf das für die weitere reibungslose Projektabwicklung nötige Wohlwollen von GP von der Bitte abzubringen.

### Überlegungen

Die Meinungen im Unternehmen AN sind gespalten. Es ist bekannt, dass GP großen Einfluss auf den Kunden ausübt und sowohl der Verlauf des aktuellen Projekts als auch die Vergabe weiterer Aufträge von seiner Fürsprache abhängt. Es besteht auch Verständnis dafür, dass GP die ins Auge gefasste Verbesserung möglichst geräuschlos durchführen will, um bei AG unangenehme Fragen nach etwaigen Planungsfehlern durch GP zu vermeiden.

Zudem ergeben nachträglich angestellte Berechnungen, dass die befürchteten Nachteile einer veränderten Planung doch nicht so erschwerend ins Gewicht fallen.

Der Projektleiter bleibt jedoch hart. Mehrfach hat er erlebt, dass nur mündlich erteilte Änderungsvorschläge später von der Gegenseite bestritten und nicht honoriert wurden. Einmal hatte er sogar auf Kosten des eigenen Unternehmens eine Änderung wieder rückgängig machen und den ursprünglich vereinbarten Vertragszustand herstellen müssen. Diese schlechten Erfahrungen mit bereitwilligem Eingehen auf Wünsche des Planers oder Kunden bewahrt den Projektleiter davor, hier nachzugeben.

Die Praxis versteht unter einem Änderungsauftrag (*change order, variation order*) einen Vertrag, den ein Auftraggeber mit dem Anlagenbauer unter Abänderung des schon bestehenden Anlagenvertrags schließt. Der Änderungsauftrag bezieht sich auf den Umfang (in Form von Zusätzen, Veränderungen oder Weglassungen), immer wieder aber auch auf den Zeitplan (in Form von Beschleunigungen, Verzögerungen oder Beendigungen).

Ein Claim ist auf die Erstattung bereits entstandener Kosten, auf neue Termine oder auf die Befreiung von angeblichen Ansprüchen des Vertragspartners wegen Terminüberschreitung durch den Anlagenbauer gerichtet. Ein Änderungsauftrag dagegen sieht für eine neu definierte Leistung einen vereinbarten Preis vor; in ihm sollte – anders als bei den meisten Claims – ein Gewinn enthalten sein. Die Zeitkomponente ist auch hier wichtig.

### **Der Rat**

Das BGB ist – sollte deutsches Recht überhaupt anwendbar sein – in Fällen wie dem geschilderten in der Praxis nicht hilfreich. Zwar gibt es im Recht der Schuldverhältnisse aus Verträgen einen Untertitel über Anpassung und Beendigung. Dort regelt § 313 Abs. 1 BGB aber nur schwerwiegende Veränderungen, und dies zu dem in sehr allgemeiner Form: „Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann“.

Wesentlich praktischer ist demgegenüber die VOB, deren § 6 Abs. 2 eine automatische Vertragsanpassung („Ausführungsfristen werden verlängert“) bei Behinderung und Unterbrechung der Ausführung unter bestimmten Umständen vorsieht.

Im anglo-amerikanischen Rechtskreis taucht bei der Frage nach der Vertragsanpassung grundsätzlich das zusätzliche Problem auf, dass die Gerichte den Willen der Parteien bei der Vertragsgestaltung viel stärker respektieren als dies bei Geltung einer der meisten kontinentalen Rechtsordnungen der Fall wäre. Bei einer wesentlichen Veränderung der äußeren Umstände des Vertrags kommen diese deshalb eigentlich nur als Entschuldigungsgrund für die Nichterfüllung in Betracht (*frustration*), als weitere Folge ist der Vertrag beendet. Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu den tatsächlichen Erfordernissen des Industriebauwerks. Deshalb haben sich in der Praxis verschiedene Instrumente der

Vertragsanpassung herausgebildet. Sie sind aber so wenig eindeutig besetzt, dass sie in jedem einzelnen Fall in Voraussetzung und Rechtsfolge definiert sein sollten:

- *adaption*
- *adjustment*
- *conciliation*
- *renegotiation*
- *rescheduling*
- *restructuring*
- *review*
- *revision*

Die Partner müssen deshalb das Problem vertraglich regeln.

Der wichtigste Grundsatz des Claimsmanagement sollte sein, die Entstehung von Claims möglichst zu vermeiden und statt deren jegliche Änderung von vornherein zum Gegenstand eines Änderungsauftrags zu machen. Der Anlagenbauer sollte keine vom ursprünglichen Vertrag abweichende Arbeiten ohne klaren schriftlichen Auftrag und ohne vereinbarten Preise in Angriff nehmen. Die Wirklichkeit sieht häufig leider anders aus: Die Baustelle funktioniert nach dem Prinzip, dass eine Hand die andere wäscht“. „Stille“ oder „einvernehmliche“ praktische Änderungen mit unabsehbaren Folgen sind nicht unüblich. Der Kunde macht einen Änderungsvorschlag, der Projektmanager sichert eilfertig Erledigung zu, ohne über Preis und Zeit zu verhandeln. Die Arbeit wird geleistet, Rechnung gestellt, vom Partner aber nicht bezahlt. Sein Argument, ein Preis sei nicht vereinbart gewesen, ist noch nicht einmal von der Hand zu weisen. Dem Anlagenbauer bleibt dann nur der Weg, seine mutmaßlichen Ansprüche als Claim geltend zu machen, d.h. den Versuch zu unternehmen, wenigstens die beweisbaren Kosten erstattet zu bekommen.

Der Vertragsänderungen behandelnde Abschnitt eines Vertrags entscheidet weitgehend über die dem Claimsmanager zur Verfügung stehenden Instrumente und das von ihm einzuhaltende Verfahren. Für die Vertragsgestaltung bedeutet das,

- Festlegung eines klaren und praktikablen Verfahrens hinsichtlich Beteiligter, Entscheidungsbefugnisse und Formerfordernisse für eine Auftragsänderung: Änderungswunsch des Auftraggebers; Voranschlag des Anlagenbauers hinsichtlich Kosten, Einfluss auf Termine, weitere vertragliche Konsequenzen (z.B. Sachmängelhaftung), Preis- und Zahlungsbedingungen; Entscheidung des Auftraggebers; Ausführung durch den Anlagenbauer

- Verbot einer Änderung, die die entscheidenden technischen und wirtschaftlichen Merkmale des Projekts wesentlich berührt. Dazu kann auch der Umfang gehören. Damit werden Schwellen für Erweiterungen oder Verringerungen nötig, um einerseits die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers nicht zu überspannen, ihm aber andererseits auch nicht nachträglich praktisch den Auftrag durch Aushöhlung zu entziehen.
- Verbot einer Änderung ohne Änderungsauftrag (zum Schutz des Anlagenbauers vor willkürlichen Änderungswünschen durch den Auftraggeber)
- Recht zu Gewährung von zusätzlicher Zeit oder Erstattung von Kosten unter bestimmten Voraussetzungen
- Praktikable Verfahren für →*Beschleunigung*, →*Verzögerung* und →*Einstellung* von Arbeiten
- Regelung von Streitigkeiten durch Schlichtung, Schiedsgericht oder ordentliche Gerichtsbarkeit
- Auch wenn diese Punkte zufrieden stellend geregelt sind, übersehen die Beteiligten in der Abwicklungspraxis immer wieder den Zusammenhang zwischen den zu ändernden Sachverhalten und den übrigen Punkten des Vertrags. Dieser Fehler wird häufig schon sehr früh (z.B. bei einer in letzter Minute bezüglich des Leistungsumfangs noch zugestander Erweiterung) gemacht. Das Bewusstsein von den netzartig zusammenhängenden Verflechtungen eines Vertrags (im Beispiel etwa mit Zahlungsbedingungen wie Raten oder zusätzliche Kosten einer Gewährleistungsbürgschaft) ist allerdings nicht so sehr Problem vertraglicher Regelung sondern eher des grundlegenden Verständnisses eines Vertrags, das alle am Claimsmanagement Beteiligten haben sollten.

## Das Vertragsbeispiel

Diesen Anforderungen genügt eine einfache Billigkeitsklausel offensichtlich nicht:

Wenn die wirtschaftlichen, technischen oder rechtlichen Voraussetzungen, unter denen die Bestimmungen dieses Vertrages vereinbart worden sind, eine grundlegende Änderung erfahren und infolge dessen einem der Vertragspartner oder beiden ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, weil dies den bei

Vertragsschluss vorhandenen Vorstellungen über einen angemessenen Ausgleich der beiderseitigen wirtschaftlichen Interessen nicht entsprechend würde, so ist dieser Vertrag unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes den geänderten Verhältnissen anzupassen oder innerhalb einer angemessenen Frist aufzulösen.

Die folgenden Formulierungen dagegen mögen sehr ausführlich und etwas umständlich erscheinen. Sie berücksichtigen jedoch die genannten Ratschläge größtenteils.

## **Article 7 Variations**

### **1. Variations**

As further provided for in this Article 7, the Contractor will, to the possible extent, accept such variations in the Work as the Owner may reasonably from time to time request provided that funding to the satisfaction of Contractor is available. Any request by the Owner therefore shall be delivered to the Contractor in writing (hereinafter referred to as the "Request for Variation" and shall be sufficiently definitive and detailed enough to give the Contractor an adequate basis on which the Contractor may prepare a preliminary proposal for variation pursuant to Article 7.2 hereof. If in the opinion of Contractor a Request for Variation may jeopardize the fulfillment of the warranties and guarantees or the performance of the Plant the Contractor has the right to reject such Request for Variation. If the Owner insists on compliance with such Request for Variation, Contractor has the right to no longer extent the applicable warranties and guarantees or guarantee as to the performance of the Plant. Throughout the performance of the supply and work hereunder, the Contractor may recommend to the Owner for the Owner's consideration,

- a. all such variations as the Contractor considers desirable, and
- b. such other variations known to the Contractor as may be necessary to incorporate significant new developments in technology which are applicable or appropriate to the Plant.

If the Owner will decide to follow the Contractor's recommendation as referred to above, the Owner shall submit to the Contractor its request for such variation, in such way and manners as provided for hereinabove.

## **2. Preliminary Proposal for Variation**

Upon receipt of the Request for Variation in the scope of supply and work pursuant to Article 7.1 hereof, the Contractor shall prepare a preliminary proposal for variation based on the Request for Variation (hereinafter referred to as the “Preliminary Proposal for Variation”) and furnish same to the Owner within a reasonable period of time following receipt of such request.

Each Preliminary Proposal for Variation submitted by the Contractor to the Owner pursuant to this Article 7.2 shall be in writing accompanied with the rough information for the effect on the Work, the Overall Project Master Schedule including the Time of Completion, the performance of the Plant and the Total Contract Price as well as the Contractor’s estimate of fees and cost required to prepare the variation order sheet pursuant to Article 7.3 hereof.

## **3. Variation Order Sheet**

If pursuant to Article 7.1 and 7.2 the Request for Variation be implemented, the Owner shall request in writing the Contractor to prepare the variation order sheet, hereinafter referred to as the “Variation order Sheet”, which shall be accompanied by such information and data as will be reasonably required by the Owner for the Owner to properly evaluate the proposed execution of work and the effect on the Work, the Overall Project Master Schedule including the Time of Completion, the technical specifications, the technical soundness of the Plant, the warranties and guarantees contained in the Contract and the Total Contract Price. Upon the Owner’s review of the Preliminary Proposal for Variation, the Contractor shall prepare and submit the Variation Order Sheet to the Owner within a period of time agreed by the Parties following receipt of such request. The Owner shall reject or approve each Variation Order Sheet within a period of fourteen (14) days.

If the Owner approves the Variation Order Sheet, the Owner shall within such fourteen (14) days period make signature on the Variation Order Sheet and return it to the Contractor and a supplement to the Contract shall be concluded between the Parties for the variation in the Work, (including terms of payment) in accordance with the Variation Order Sheet.

If the Owner requests the preparation of the Variation Order Sheet to the Contractor pursuant to this Article 7.3 and subsequently decides not to order such Variation, the cost incurred by the Contractor for all work done for the Variation Order Sheet shall be reimbursed to the Contractor by the Owner in accordance with the Contractor’s estimate of fees and cost mentioned in the Preliminary Proposal for Variation pursuant to Article 7.2 hereof.

#### **4. Suspension of the execution of the Work**

It is expressly recognized by the Parties that an Owner' Request for Variation may cause the suspension of the execution of the Work or any part thereof. In the event that such suspension is caused and the Request for Variation is not materialized for any reason whatsoever, then the delay in the execution of the Works or any part thereof including delivery of any of the Plant Equipment, the Spare Parts and/or the Technical Documents of which the manufacture or the work shall be suspended thereby shall not constitute a default of the Contractor. Cost incurred by Contractor during the period of suspension will be reimbursed by Owner. In the event such suspension exceeds a period of fifty (50) days the Parties will meet and mutually agree how to proceed.

#### **5. Other requests**

Any request, order, instruction and/or suggestion for variations by the Owner in respect of the technical appendices hereto, the Technical Documents and other documents in writing setting forth the technical conditions regarding the Plant shall be made in accordance with the process and formalities as provided for in Article 7.1 through Article 7.4 hereof.

#### **6. Total Contract Price**

The Total Contract Price referred to under Article 5.1 and the dates referred to in the Overall Project Master Schedule under Article 6 have been based on the Owner's Scope of Work. Should Owner' Scope of Work would have the effect of increasing or decreasing the costs to Contractor in performing the Work or completing the Work in accordance with the Schedule, then the consequences of such differences on the costs to Contractor and on the time for Completion shall constitute a variation in the Work, for which a Variation Order Sheet shall be prepared by Contractor and approved by Owner in accordance with this Article 7.

## § 7 Änderungen

### 1. Änderungen

Wie im Einzelnen in diesem § 7 vorgesehen wird der Contractor soweit wie möglich Änderungen in den Leistungen akzeptieren, wenn der Wunsch des Auftraggebers nicht unbillig ist und aus Sicht des Contractors hinreichend finanziert erscheint. Deshalb muss jeder entsprechende Wunsch des Auftraggebers dem Contractor schriftlich übermittelt werden (im Folgenden „Änderungswunsch“) und bestimmt und detailliert genug sein, um dem Contractor eine angemessene Grundlage für die Erstellung eines vorläufigen Änderungsvorschlags gemäß § 7 II zu bieten. Wenn nach Meinung des Contractors ein Änderungswunsch die Einhaltung von Haftungen und Zusagen oder die Leistung der Anlage gefährden könnte, darf der Contractor den Änderungswunsch zurückweisen. Wenn der Auftraggeber trotzdem auf Erfüllung des Änderungswunsches besteht, ist der Contractor von seinen Haftungen und Zusagen hinsichtlich der Leistung der Anlage befreit. Im Lauf der Lieferungen und Leistungen kann der Contractor dem Auftraggeber

- a. Änderungen vorschlagen, die ersterer für wünschenswert hält, und
- b. alle Änderungen vorschlagen, die der Contractor für notwendig hält, um bedeutende technische Neuentwicklungen bezüglich der Anlage umzusetzen.

Beabsichtigt der Auftraggeber, der Empfehlung des Contractors zu folgen, muss er dem Contractor einen Änderungswunsch wie oben unterbreiten.

### 2. Vorläufiger Änderungsvorschlag

Nach Eingang eines Änderungswunsches im Leistungsumfang gemäß § 7 I erstellt der Contractor einen vorläufigen Änderungsvorschlag aufgrund des Änderungswunsches (im Folgenden „vorläufiger Änderungsvorschlag“) und übermittelt diesem dem Auftraggeber in angemessener Frist nach dem Eingang eines solchen Wunsches.

Jeden vorläufigen Änderungsvorschlag im Sinne dieses Paragraphen muss der Contractor dem Auftraggeber schriftlich vorlegen. Erforderlich ist darüber hinaus eine grobe Schätzung der Auswirkung auf die Leistungen, den gesamten Ablaufplan einschließlich der Erfüllungszeit, der Leistung der Anlage, des endgültigen Vertragspreises und der Schätzungen des Contractors bezüglich der Gebühren und Kosten für die Vorbereitung des Änderungsauftrags gemäß § 7 III.

### 3. Förmlicher Änderungsauftrag

Wenn der Änderungswunsch gemäß §§ 7 I bis 7 II umgesetzt werden soll, fordert der Auftraggeber den Contractor schriftlich auf, einen Änderungsauftrag zu erstellen, im Folgenden als „Änderungsauftrag“ bezeichnet. Zu diesem gehören Informationen und Angaben, die der Auftraggeber benötigt, um ihm die Einschätzung der vorgeschlagenen Arbeiten und ihrer Auswirkungen auf die gesamte Vertragsleistung, den Ablaufplan einschließlich der Erfüllungszeit, die technischen Spezifikationen, den technisch einwandfreien Zustand der Anlage, Haftungen und besondere Zusagen sowie den Gesamtpreis zu ermöglichen. Nach der Durchsicht des vorläufigen Änderungsvorschlags durch den Auftraggeber übermittelt der Contractor dem Auftraggeber den vorbereiteten Änderungsauftrag innerhalb einer zwischen den Parteien vereinbarten Frist nach Eingang des Wunsches. Innerhalb einer Frist von zehn Tagen wird der Änderungsauftrag vom Auftraggeber zurückgewiesen oder akzeptiert.

In letzterem Fall zeichnet der Auftraggeber innerhalb dieser Frist den Änderungsauftrag ab und schickt ihn an den Contractor zurück. Die Parteien fertigen eine Ergänzung des Vertrags bezüglich der Veränderungen (einschließlich der Zahlungsbedingungen) aufgrund des Änderungsauftrags.

Sollte der Auftraggeber vom Contractor die Erstellung eines Änderungsauftrags entsprechend diesem Abschnitt verlangen und anschließend den Auftrag nicht erteilen, hat er dem Contractor den gesamten Aufwand für den Änderungsauftrag entsprechend den Schätzung des Contractors vorläufigen Vorschlag für die Änderung gemäß § 7 II zu erstatten.

### 4. Aufschub der Arbeiten

Die Parteien sind sich ausdrücklich darüber einig, dass ein Änderungswunsch des Auftraggebers den Aufschub der ganzen oder teilweisen Vertragsleistungen bewirken kann. Sollte es zu einem Aufschub kommen und der Änderungswunsch aus welchem Grund auch immer nicht verwirklicht werden, stellt die Verzögerung im Ablauf aller oder von Teilen der Vertragsleistungen einschließlich Lieferung der Ausrüstung, der Ersatzteile oder der technischen Dokumentation, deren Erstellung sich verzögert, keinen Vertragsbruch des Contractors dar. Die während eines solchen Aufschubs dem Contractor entstanden Kosten wird ihm der Auftraggeber erstatten. Bei einem Aufschub von mehr als fünfzig (50) Tagen werden die Parteien das weitere Vorgehen miteinander abstimmen.

### **5. Weitere Anforderungen**

Alle Wünsche, Anweisungen, Instruktionen und/oder Vorschläge Veränderungen durch den Auftraggeber hinsichtlich technischer Anhänge, der technischen Dokumentation und anderer schriftlicher Dokumente die technischen Einzelheiten der Anlage betreffend müssen dem Verfahren und den Anforderungen von § 7 I bis 7 IV entsprechen.

### **6. Endgültiger Vertragspreis**

Der in § 5 I zitierte Vertragspreis und die Angaben im Gesamtablaufplan in § 6 beruhen auf dem Leistungsumfang des Auftraggebers. Sollte dieser Umfang die Kosten des Contractors bei der Leistungserbringung erhöhen oder vermindern, sind die Folgen solcher Unterschiede auf die Kosten des Contractors und die Erfüllungszeit als Änderungen im Leistungsumfang anzusehen. Dafür wird – wie in diesem § 5 vorgesehen – der Contractor einen Änderungsauftrag vorbereiten, den der Auftraggeber genehmigt.

Eine wohl durchdachte Klausel muss aber nicht unbedingt so umfangreich sein, um den Anforderungen an eine ausgewogene Lösung und einen reibungslosen Projektverlauf zu genügen.

The Customer shall be entitled to submit to the Contractor written notice of proposed changes in the Applicable Documentation and/or the Contract Products. Such proposed changes shall not alter the basic nature of the work to be performed by the Contractor. Within fourteen days following receipt of any such notice of proposed changes, the Contractor shall either notify the Customer of his inability to implement the proposed changes or shall inform the Customer of the effect on the contract price and Date of Delivery. If the Customer elects to have the changes carried out, the parties shall, prior to the execution of the work, agree on an earlier or later Date of Delivery and the reduction of, or increase in, the contract price. Failing such agreement, the Date of Delivery and the new contract price shall be determined by arbitration in accordance with Article ...

Der Kunde hat das Recht, dem Anlagenbauer schriftlich Mitteilung von ihm gewünschter Änderungen in der Dokumentation und/oder dem Vertragsgegenstand zu machen. Solche Änderungen dürfen den Grundcharakter der vom Anlagenbauer zu leistenden Arbeit nicht beeinflussen. Spätestens vierzehn Tage nach Erhalt einer solchen Mitteilung über vorgeschlagene Änderungen wird der Anlagenbauer entweder den Kunden davon in Kenntnis setzen, dass der Anlagenbauer sich zur Umsetzung der vorgeschlagenen Änderungen nicht in der Lage sieht. Oder er wird den Kunden von ihren Auswirkungen auf Vertragspreis und Lieferzeit informieren. Entscheidet sich der Kunde zur Durchführung der Änderungen, einigen sich die Parteien vor Aufnahme der Arbeiten auf einen früheren oder späteren Erfüllungszeitpunkt und Verminderung oder Erhöhung des Vertragspreises. Ohne eine solche Vereinbarung entscheidet ein Schiedsgericht gemäß Artikel ... über den Erfüllungszeitpunkt und den neuen Vertragspreis.

## Angebot

### Das Projekt

Im Zuge der mehrmonatigen Verhandlungen über die Erstellung einer Industrieanlage hatte sich das ursprüngliche Vorhaben erheblich verändert. Sowohl hinsichtlich der Verfahrenstechnik als auch des Lieferumfangs, der Termine sowie des Preises und der Zahlungsbedingungen war das Ausgangsprojekt nicht mehr wieder zu erkennen. Die Vertragspartner hielten aber schließlich alles Nötige für vereinbart.

Als der Auftragnehmer für in seinem ursprünglichen Angebot nicht enthaltene Montageleistungen Vergütung als Claim verlangt, weigert sich der Auftraggeber. Er sei davon ausgegangen, dass die erörterten Änderungen die Montageleistungen auf Kosten des Auftragnehmers mit einschlossen.

### Überlegungen

Das einem Projekt zugrunde liegende Angebot hat eine wichtige Funktion für den Claimsmanager: Es ist der Ausgangspunkt für alle Überlegungen, die sich um den Vertragsinhalt drehen. Die mangelnde Kenntnis des Angebots und seiner (im Laufe der Vergabeverhandlung meistens erfolgenden) Abänderungen ist häufig mit ein Grund dafür, dass das Claimsmanagement den Leistungsinhalt und andere Vertragspunkte nur schwer nachvollziehen kann.

Mit dieser Funktion oft im Widerstreit steht das Angebot als Instrument des Vertriebs. Um erfolgreich zu sein, hat dieses verschiedene Anforderungen zu erfüllen. Es muss nicht nur wirtschaftlich und technisch den Erwartungen des Auftraggebers entsprechen. Es muss häufig auch über die Beschreibung der einzelnen Leistungen hinausgehend den Auftraggeber davon überzeugen, mit dem für eine reibungslose Abwicklung kompetenten Partner zu verhandeln. Und es muss schließlich dem Wettbewerb überlegen sein, um Auftrag und Umsatz zu werden und letztlich somit seinen Beitrag zum Überleben des Unternehmens zu leisten.

Diese Anforderungen führen immer wieder dazu, dass in Angeboten Angaben enthalten sind (oder auch fehlen!), die dem Claimsmanager später das Leben schwer machen. So etwa ist häufig nicht klar, ob das „Angebot“ wirklich als solches gemeint war, ob es sich nur um einen Kostenanschlag oder um eine unverbindliche Auflistung verschiedener

Positionen mit Schätzpreisen handelte. Oft hat der Bieter durch Referenzen nachzuweisen, dass er Projekte in ähnlicher Größenordnung bereits erfolgreich abgewickelt hat. In welchem Umfang sollen solche Angaben Bestandteil des Angebotes sein? Ähnliches gilt für weitere Angaben (zum Beispiel über die wirtschaftlichen Verhältnisse), mit denen Unternehmen versuchen, mit ihrem Angebot den Wettbewerb für sich zu entscheiden.

Das BGB selbst verwendet das in der Praxis übliche Wort Angebot (im angelsächsischen Sprachgebrauch *tender* oder *offer*) nicht. Es spricht vielmehr vom „Antrag“ zur Schließung des Vertrags, der durch die „Annahme“ zustande kommt, §§ 145 ff. BGB. Auf diese einfache Weise entstehen allerdings Verträge über Industrieprojekte so gut wie nie. Ihnen gehen meistens Angebote voraus, die die Gegenseite abgeändert zurückgibt; diese Abänderung wiederum wird der ursprünglich Anbietende seinerseits ändern wollen usw. Häufig erklärt ein Geschäftspartner unter gleichzeitiger Änderung des Angebots seine „Annahme“. Das Gesetz sieht darin aber eine Ablehnung des ursprünglichen Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag. Wenn die Verhandlungen erfolgreich sind, wird am Ende eine letzte Änderung erfolgen, die die Gegenseite dann ohne Widerspruch annimmt. Grundsätzlich sind es nur diese beiden Erklärungen, der Antrag und die Annahme, die den Vertrag entstehen lassen.

Die aus der Sicht des Claimsmanagement wichtige Feststellung, welche der im Laufe der Vergabeverhandlungen, technischen Besprechungen und kaufmännischen Erörterungen abgegebenen Erklärungen nun tatsächlich Antrag und Annahme sind und welches deren Inhalt ist, bereitet erfahrungsgemäß erhebliche Schwierigkeiten. Sie wachsen meist mit der Größe des Projekts – wie bei der geschilderten Ausschreibung. Hinzu kommen, selbst wenn die entsprechenden Erklärungen feststehen, häufig Auslegungsprobleme hinsichtlich des Inhalts. Im Ausgangsfall wird der Claim nur Erfolg haben, wenn der Auftragnehmer nachweisen kann, dass er im Verlauf der Vergabe-verhandlungen die Montageleistungen gegen Vergütung angeboten und der Auftraggeber dieses Angebot angenommen hat.

Wenn ein Gericht einer solchen Auslegungsfrage gegenüber steht, könnte es sich an der oben geschilderten Entwicklung der Vertragsentstehung orientieren und zum Beispiel vorvertragliche Schreiben, Aktenvermerke, Memoranden, Protokolle oder die abgeänderten Angebote als Hilfsmittel zur Auslegung verwenden. Für ein deutsches Gericht kann dieses Vorgehen durchaus legitim sein. Ein Richter aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis dagegen wird unterstellen, dass die Parteien – wenn sie sich schon auf einen schriftlichen Vertrag verständigt haben – auch nur dessen Inhalt vereinbaren wollten. Für sie ist nur der Vertragstext das *entire agreement*; der Beweis des Gegenteils ist nur begrenzt zulässig. Dies nennen Juristen die *parole evidence rule*. Sollten die Parteien eine andere Absicht verfolgen, müssen sie es ausdrücklich kund tun. Dem dienen besondere Erwähnungen (*whereas recitals*) eingangs des Vertrags. Sie können tatsächliche An-

gaben über vorangegangene Geschäftsbeziehungen, beiderseitige Erfahrungen oder wirtschaftliche Grundlagen des Vertrags enthalten.

## Der Rat

Die überragende Bedeutung des Angebots als Vertriebsinstrument darf den Blick auf seine Funktion als Grundlage des Claimsmanagement nicht verstellen. Im Angebot einmal enthaltene Schwachstellen lassen sich später nur schwierig wieder eliminieren. Damit ist eine Aushöhlung der Ertragskraft des jeweiligen Projekts vorprogrammiert. Eine frühzeitige Einschaltung des späteren Projektleiters oder Claimsmanagers schon in der Angebotsphase kann dieser Gefahr begegnen.

Manche Angebot enthalten soviel Aufwand und Know-How, dass der Anbieter bei Nichtberücksichtigung durch den erhofften Auftraggeber eine Vergütung erwartet. Ganz abgesehen davon, dass die Marktlage ein solches Ansinnen nur selten rechtfertigt, müsste die Vergütungspflicht deutlich aus dem Angebot hervorgehen. Nur sicherheitshalber stellen deshalb manche Ausschreibungen fest:

Die Ausarbeitung des Angebots ist für den Anfragenden kostenlos und unverbindlich.

**applicable law** → Recht, anwendbares

**Arbeitsgemeinschaft** → Konsortium

**Arbeitsunterbrechung** → Beschleunigung

**Auslandsrecht** → Recht, anwendbares

## Auslegung

### Das Projekt

Zwischen einem deutschen Maschinenbauer M und seinem britischen Kunden K ist Streit über den Umfang der kostenlosen produktbegleitenden Dienstleistungen von M entstanden. Die Vertragspartner hatten „Wartungsleistungen“ vereinbart. Aus Sicht von M nimmt K diese übermäßig intensiv in Anspruch. M möchte sich deshalb mit einem Claim bei K schadlos halten.

### Überlegungen

Der Erfolg des Claim wird im Streitfall davon abhängen, wie ein (Schieds-)Gericht die vertraglichen Bestimmungen zwischen den Parteien auslegt.

Dem deutschen Richter hat das BGB zwei Handlungshilfen gegeben. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, § 133 BGB. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, § 157 BGB. Diese sehr grundsätzlichen Richtlinien reichen aber für die Entscheidungspraxis nicht aus. Deshalb hat sich eine Stufenleiter der Auslegung entwickelt.

Als erstes fragt das Gericht danach, was die Beteiligten vereinbart haben (z.B. „Wartungsleistungen“). Den Ausschlag gibt der objektive Sinn der Erklärungen, wie ein vernünftig urteilender Dritter ihn sähe. Ist der Wortsinn festgestellt, fragt das Gericht, was die Parteien mit den Erklärungen gewollt haben (z.B. „die Maschine möglichst effektiv laufen lassen“). Und drittens sehen die Richter darauf, ob sich aus den Begleitumständen etwas für Sinn und Inhalt der Erklärungen ergibt. Dabei können die Entstehungsgeschichte des Vertrages, vorangegangene Äußerungen der Verhandlungspartner, in ihren bisherigen Geschäftsverbindungen herausgebildete Gewohnheiten, die bestehende Interessenlage und der mit dem Vertrag verfolgte Zweck eine Rolle spielen (z.B. der Lieferer hatte schon vor der Streitentstehung ohne Beanstandung eine zeitlang neben Wartungs- auch Inspektions- und Instandsetzungsarbeiten ohne Vergütung geleistet).